



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN RELACIONES LABORALES

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

**EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA POSIBILIDAD DE SU
ASEGURAMIENTO.**

The social benefits surcharge and the possibility of insurance

AUTOR:
Manuel Abascal Colina

DIRECTOR:
Dr. Javier Orcaray Reviriego

**EL RECARGO DE PRESTACIONES Y LA POSIBILIDAD
DE SU ASEGURAMIENTO.**

ÍNDICE

Tabla de contenido

1. INTRODUCCIÓN	4
2. ABSTRACT.....	5
3. EL RECARGO DE PRESTACIONES	6
3.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN.....	6
3.2 NATURALEZA JURIDICA.....	8
3.3 REQUISITOS PARA SU IMPOSICIÓN	11
A- Producción de un hecho causante que dé lugar al reconocimiento de una prestación	11
B- Infracción de una norma de seguridad y salud en el trabajo	13
C- Existencia de un nexo causal.....	14
4. RECONOCIMIENTO Y CUANTIA DEL RECARGO.....	16
4.1 RECONIMIENTO	16
4.2 CUANTIA.....	20
4.3 CONCURRENCIA DEL RECARGO CON OTRAS PRESTACIONES	23
5. SUJETOS RESPONSABLES	27
5.1 SUPUESTO GENERAL.....	27
5.2 SUPUESTO ESPECIAL EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS.....	29
5.3 SUPUESTO ESPECIAL EN EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL	35
6. PROHIBICIÓN DEL ASEGURAMIENTO DEL RECARGO.....	36
6.1 NON BIS IN IDEM	40
La prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho.....	40
7. PRESCRIPCION Y CADUCIDAD.....	43
7.1 PRESCRIPCION: PLAZO, COMPUTO E INTERRUPCION:	43
7.2 CADUCIDAD: AFECTACION AL EXPEDIENTE DE RECARGO	46
8. COMPATIBILIDAD DEL RECARGO CON OTRAS RESPONSABILIDADES	47
9. CONCLUSIONES	49
10. BIBLIOGRAFIA	53

ABREVIATURAS

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

CC.: Código Civil

INSS: Instituto Nacional de la Seguridad Social

ITSS: Inspección de trabajo y de la Seguridad Social

TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

ET: Estatuto de los Trabajadores

PRL: Prevención de Riesgos Laborales

LISOS: Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

ETT: Empresa de Trabajo Temporal

LPRL: Ley de Prevención de Riesgos Laborales

CE: Constitución Española

ART: Artículo

LPACAP: Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende mostrar de forma resumida una visión general de la institución del Recargo de Prestaciones, como una figura de vital importancia en el ámbito de las relaciones laborales, por constituir una premisa para el empresario, en el ámbito de la prevención de riesgos laborales, en lo que respecta para sus empleados.

Dicha institución, impone una sanción pecuniaria al empresario infractor, la cual tiene una gran repercusión, puesto que consiste en un recargo de larga duración, sobre las prestaciones de la Seguridad Social, que se hayan originado a consecuencia de la infracción en materia de prevención de riesgos laborales.

No obstante, la finalidad del presente trabajo, no es solo dar un visión general de la institución del recargo de prestaciones, sino que es mostrar la cuestión actual de la posibilidad de su aseguramiento, tras las voces críticas con respecto a la postura de la negación por parte del legislador a poder asegurar dicho recargo., siendo este criterio el seguido por la jurisprudencia, pero incluso en dicho ámbito jurisprudencial, se han visto opiniones críticas con el aseguramiento de dicha institución, y eso es la principal idea de este trabajo.

La base de esta idea del aseguramiento es la declaración general sobre el carácter asegurable de los riesgos derivados del trabajo del Art. 15.5 Ley de Prevención de Riesgos Laborales, y la legislación mercantil, que favorece su transmisión.

Dicha cuestión de su aseguramiento gravita sobre la imposibilidad que establece el Art 164.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, con respecto a su imposibilidad de aseguramiento.

Aunque la finalidad del aseguramiento por parte del sector empresarial busque como es lógico, el aseguramiento de un riesgo importante para la empresa, el principal motivo por el que se debería de asegurar, es para asegurar que el trabajador beneficiario o sus causahabientes, lo cobren, aunque la empresa se declare insolvente.

2. ABSTRACT

The present work tries to show in summary form a general visión of the institution of the Surcharge of Benefits, like a figure of vital importance in the field of the labor relations, for constituting a premise for the employer, in the field of the prevention of labor risks, in regards to its employees.

This institution imposes a pecuniary sanction on the offending entrepreneur, which has a great impact, since it consists of a long term surcharge, on Social Security benefits, which have arisen as a result of the infraction in the prevention of occupational hazards.

However, the purpose of this work is not only to give an overview of the institution of the benefit surcharge, but to show the current issue of the possibility of its assurance, following the critical voices regarding the position of denial on the part of the legislator to be able to assure said surcharge, being this criterion the one followed by jurisprudence, but even in said jurisprudential scope, critical opinions have been seen with the assurance of said institution, and that is the main idea of this work.

The basis of this idea of assurance is the general statement about the unsurable nature of the risks arising from the work of Art. 15.5 Law on Occupational risk Prevention, and commercial legislation, which favors its transmission.

This question of its assurance gravitates on the impossibility established in Article 164.2 of the Consolidated Text of the General Law of Social Security, with respect to its impossibility of assurance.

Although the purpose of the insurance by the business sector, look as is logical, the assurance of a significant risk for the company, the main reason why it should be insured, is to ensure that the beneficiary worker or his successors charge it , even if the company declares itself insolvent.

3. EL RECARGO DE PRESTACIONES

3.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN

Citando a *José Antonio Capilla Bolaños*¹, ``como indica su expresivo nombre, nos encontramos ante una figura jurídica que consiste en mejorar las prestaciones de Seguridad Social, mediante el recargo de las mismas con un porcentaje que será abonado, exclusivamente, por el empresario empleador que haya infringido una norma de seguridad, siempre que tal infracción haya sido determinante del accidente´´, dando con pocas palabras, una pincelada de dicha figura jurídica, que sienta la base de su posterior desarrollo y tratamiento jurídico.

Cabe mencionar que se trata de una institución jurídica rejuvenecida, que se preveía con anterioridad, en base al aseguramiento del riesgo derivado del trabajo, que ya se manifestaba jurídicamente en la antigua Ley de Accidente de Trabajo de 30 de enero de 1900, reformulándose hasta el día de hoy, conforme la nueva conciencia social.

¹ José Antonio Capillas Bolaños: autor del ``Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización´´. Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales número 74.

El Sistema de la Seguridad Social español, establece una serie de prestaciones a favor del beneficiario o sus causahabientes, cuando acontece un hecho que perjudica la salud del trabajador en el ámbito laboral, garantizando la protección frente a las contingencias profesionales, pero conforme dicha figura jurídica se asegura una compensación adicional, cuando el hecho causante se produzca a consecuencia de una conducta dolosa o culposa del empresario, estableciéndose como se ha indicado anteriormente, una compensación económica adicional, que es el recargo de prestaciones.

El fundamento de este concepto se basa conforme indica *Manuel Iglesias Cabero*², ``en la *restitutio in integrum*³, que impone el más elemental *principio de justicia*⁴, que comprenderá tanto el daño emergente, como el lucro cesante'', de forma que se compensan los daños no previstos por el Sistema de la Seguridad Social, a cargo del empresario, pues es a consecuencia del incumplimiento de este.

El citado Art. 164 del TRLGSS dispone que: todas las prestaciones económicas, que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional, se aumentaran según la gravedad de la falta, de un 30 a un 50 por 100, cuando la lesión se produzca por maquinas, artefactos o en instalaciones, centros o lugares de trabajo que carezcan de los dispositivos de precaución reglamentarios, los tengan inutilizados o en malas condiciones, o cuando no se hayan observado las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, o las elementales de salubridad o las de adecuación personal a cada trabajo, habida cuenta de sus características y de la edad, sexo y demás condiciones del trabajador.

² Manuel Iglesias Cabrero: autor del ``El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional''. Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales número 78.

³ Restitutio in integrum: es la cancelación plena de los efectos de un negocio jurídico, de modo que se reestablece la cosa a su estado anterior.

⁴ Principio de Justicia: principio fundamental en el que se recoge el valor superior jurídico de Justicia.

3.2 NATURALEZA JURIDICA

Como afirma *San Pedro Corral*⁵, recordando palabras de Desdentado Bonete, ``dicha figura jurídica ha tenido la virtud de confundirnos a todos, tanto al sector jurisprudencial, como al sector de la jurisprudencia, al sector de la doctrina, y a quienes litigan sobre la materia'', haciendo correr ríos de tinta, en una posición u otra, siempre a beneficio de la postura defendida, por determinados intereses, lo que implica una calificación de la figura jurídica, que conlleva el encuadramiento de la misma en los posteriores tratamientos y situaciones que acontezcan posteriormente.

Por lo tanto, de dicha calificación que se adopte, se determinaran con posterioridad la solución a las situaciones que deriven de la misma, como puede ser la posibilidad de deducir su importe del total de indemnización a percibir por el beneficiario, o bien la posibilidad o no de su aseguramiento, y también la situación que pueda acontecer del tratamiento de la materia conforme el *principio de non bis in ídem*⁶.

Como dice el profesor *Cruz Villalón*⁷, ``cabe pensar, en principio, en tres hipótesis de trabajo para fijar la naturaleza jurídica del recargo: una sanción, una indemnización o compensación de daños y perjuicios, o bien una prestación de la Seguridad Social. También cabría una naturaleza mixta, al participar de la naturaleza de varias de esas figuras''.

En un principio, cualesquiera de las tres posturas son correctas, puesto que la calificación del recargo de prestaciones como una sanción se recoge en el texto legal en el que viene regulada, de forma que se lo imputa al empresario que ha infringido las

⁵ San Pedro Corral: Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales número 78, página 203.

⁶ Principio de Non bis in ídem: prohibición de aplicar una doble sanción a un mismo sujeto por la comisión de los mismos hechos.

⁷ Cruz Villalón: Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales número 74, página 58.

normas de seguridad, imponiéndose una adecuación de la cantidad conforme la gravedad de la infracción en relación con el daño producido.

Además, conforme el apartado 2 del Art 164 del TRLGSS, se establece la prohibición de su aseguramiento, por lo que dicha responsabilidad es objetivamente imputable exclusivamente al empresario infractor.

De otro lado, en lo que respecta a su naturaleza indemnizatoria, esta deriva de que sea el propio beneficiario, el perjudicado del hecho causante, quien ostente la legitimidad para reclamar la indemnización por daños y perjuicios establecida conforme el Art 1.101 del Código Civil.

Por último, en lo que respecta a la consideración como una prestación de la Seguridad Social, se basa en que el fundamento principal del recargo es el reconocimiento previo de una prestación de la Seguridad Social, sobre la cual se aplica dicho recargo, que se exige de forma capitalizada al empresario infractor, para posteriormente ser abonada junto con la prestación devengada por la entidad gestora.

Si bien es cierto, en relación en la naturaleza de dicha institución jurídica, se ha delimitado a consecuencia de los pronunciamientos jurisdiccionales, a consecuencia de la repetición de argumentos y fundamentos que ha pronunciado la Sala Cuarta del Tribunal Supremo.

En sentencias de 22 de septiembre de 1994 y 30 de marzo de 1997 se establecen una premisa que consiste en que el recargo de prestaciones, no se trata en sí mismo en una prestación de la Seguridad Social y, por consiguiente, en sus efectos no puede intervenir como parte implicada las entidades gestoras y colaboradoras de la Seguridad Social.

También el Tribunal Constitucional ha determinado en las sentencias 158/85 y 8/95, que estamos frente a una figura jurídica cuyo fundamento deriva de una responsabilidad

sancionadora al empresario infractor por sus actuaciones en relación con el hecho causante, pronunciándose de igual forma la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000 y 9 de febrero de 2005, que secundan el carácter sancionador, y determinan que no es deducible de la cantidad indemnizatoria que se le reconozca al beneficiario, por cuanto operan de forma independiente y separada.

Por lo que, con respecto a lo ya comentado, cabe determinar que la situación más se acomoda a la realidad de dicha figura jurídica, es el carácter híbrido o mixto, teniendo en consideración la doble función que realiza, tanto sancionadora, como indemnizatoria.

Como resultado de lo anterior, cabe mencionar a modo de resumen de la idea general de dicha figura jurídica, que la cuestión ha sido abordada por el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 2 de octubre de 2000, 14 de febrero y 9 de octubre de 2001. La doctrina jurisprudencial que sientan puede resumirse, diciendo:

- A) El recargo tiene carácter sancionador y, por ende, la norma que lo impone debe ser interpretada restrictivamente. Manifestación de esa interpretación restrictiva es que el recargo no se aplique a las mejoras voluntarias de Seguridad Social.
- B) El recargo ``es una pena o sanción que se añade a una propia prestación, previamente establecida y, cuya imputación solo es atribuible en forma exclusiva a la empresa incumplidora de sus deberes en materia de seguridad e higiene en el trabajo´´.
- C) Se trata de una responsabilidad empresarial cuasi-objetiva, con escasa incidencia en ella de la conducta del trabajador.
- D) Su abono es directamente a cargo del empresario infractor, quien no puede asegurar la responsabilidad que la infracción que comporta el recargo deriva.

- E) Para determinar la responsabilidad empresarial en caso de contratas y subcontratas, se atiende, principalmente, a la idea del empresario infractor, al que atribuye responsabilidad el Art 123.2 de la LGSS.
- F) La finalidad del recargo en una sociedad con altos índices de siniestralidad laboral es la de evitar accidentes de trabajo originados por la infracción de normas de seguridad. Para ello, se impulsa coercitivamente el cumplimiento del deber empresarial de seguridad, incrementando la responsabilidad del patrono infractor, con el fin de que no resulte menos gravoso indemnizar al accidentado que adoptar las medidas oportunas para prevenir riesgos. Por ello, el recargo constituye un plus sobre el total de la de la indemnización a pagar, ya que su carácter, sancionador impone que el recargo se perciba por encima de las prestaciones e indemnizaciones ordinarias de forma, que caso de daños idénticos, sea mayor la cantidad a pagar por quien infringió normas de seguridad, que la que debe abonar quien no lo hizo.

3.3 REQUISITOS PARA SU IMPOSICIÓN

Para que se reconozca el recargo de prestaciones se debe dar una serie de requisitos y condiciones, que la doctrina jurisprudencial exige para su imposición, y podemos resumir en los siguientes:

A- **Producción de un hecho causante que dé lugar al reconocimiento de una prestación**

En primer lugar, se debe de producir un hecho causante derivado de contingencia profesional, pudiendo ser accidente de trabajo, o enfermedad profesional, por el cual, se cause un daño al trabajador, al que se le reconocerá una prestación de la Seguridad Social como beneficiario de esta, siendo una condición *sine qua non* ⁸ para que se

⁸ Sine qua non: expresión latina que significa ``sin la cual no´´.

imponga dicho recargo, puesto que se aplica sobre la base de la prestación que se reconozca.

El Art 164 del TRLGSS inicia su disposición legal, indicando el ámbito de aplicación del recargo, que será, ``Todas las prestaciones económicas que tengan su causa en accidente de trabajo o enfermedad profesional'', por lo que comprender cualquier tipo de prestación que dé lugar el hecho producido, originándose sea cual sea el tipo de prestación y en favor del beneficiario sus causahabientes, o bien a favor de otros familiares, en los casos en los que proceda.

Si bien es cierto, cabe mencionar que en base a la jurisprudencia recogida en las sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo y 11 de julio de 1997, y también en base a la del 14 de febrero de 2001, se ha establecido que dicho recargo se impone a las prestaciones de la Seguridad Social de carácter obligatorio, es decir, que no son aplicables a las prestaciones complementarias que se originen a consecuencia del hecho causante, como pueden ser mejoras voluntarias establecidas en convenios colectivos o pactos análogos, todo ello en base al carácter sancionador del precepto.

Como se ha indicado, es requisito previo e imprescindible que se reconozca una prestación de la Seguridad Social, sobre la cual se podrá aplicar el recargo en función de las demás circunstancias y requisitos del hecho causante, por lo que, para ello, el beneficiario deberá reunir los requisitos exigidos para cada tipo de prestación que tenga derecho a devengar.

En el caso del recargo de prestaciones, cabe la peculiaridad, que solo se aplica a las prestaciones de la Seguridad Social, cuando se originan en base a contingencias profesionales, por lo que opera en estas circunstancias dos características especiales, conforme el Art 165 del TRLGSS, por el cual se establecen las condiciones de acceso a las prestaciones, y en las que se establece, que, ante las contingencias profesionales, no

se exige un requisito de *carencia mínima*⁹, o encontrarse el trabajador en situación de alta en la Seguridad Social, puesto que ante dichas circunstancias, aunque los empresarios incumplan sus obligaciones con respecto a sus empleados, en lo que se refiere al alta y cotización, esto no es causa de impedimento para que dicho trabajador pueda causar derecho a las prestaciones, puesto que opera el *alta presunta*¹⁰, por lo que no le afecta al trabajado.

B- Infracción de una norma de seguridad y salud en el trabajo

Otro de los requisitos es la consecución de una acción u omisión antijurídica por parte del empresario, consistente en la infracción de una norma del ámbito de seguridad y salud en el trabajo, en relación con la normativa de prevención de riesgos laborales, puesto que, dado el carácter sancionador del recargo de prestaciones, si no se ha producido una infracción de este tipo, no cabe lugar imponerle una sanción al empresario.

Si bien es cierto, la complejidad de este requisito se encuentra en poder discernir con acierto, cuando se ha producido la infracción en lo relativo a las medidas de seguridad y si dicha infracción está relacionada con el hecho causante.

Por lo tanto, el empresario está condicionado para la imposición del recargo, a que se produzca una concurrencia de culpa en cuanto su comportamiento, no siendo exigible que se produzca obligatoriamente un comportamiento doloso, teniendo siempre en cuenta que se debe de producir ante un incumplimiento de una norma legal o reglamentaria concreta, teniendo en cuenta las medidas generales o particulares de seguridad e higiene en el trabajo.

⁹ Carencia mínima: periodo previo de cotización en el Sistema de Seguridad Social.

¹⁰ Alta presunta: es un alta especial que se produce cuando la empresa no ha realizado el alta real del trabajador en la empresa a efectos del Sistema de Seguridad Social.

C- Existencia de un nexo causal

El tercer requisito que se debe de presentar es que el daño derivado del hecho causante sea a consecuencia de la infracción en materia de prevención de riesgos laborales anteriormente mencionada, cuyo responsable es el empresario, y, por tanto, que sea por consecuencia de dicha infracción la producción del resultado lesivo para el trabajador, existiendo un nexo de causalidad dicha infracción y el daño.

De esta forma, se establece que se exige que dicha infracción esté relacionada con el daño o lesión producida al trabajador, de forma que en caso de no haberse cometido la misma, no se hubiese producido el hecho causante, o las consecuencias de este no hubiesen sido de tal magnitud.

El nexo causal no se rompe por la concurrencia de simple negligencia o imprudencia profesional que no sea temeraria, por lo que solo se rompería por circunstancias ajenas totalmente al empresario, como pueden ser la fuerza mayor extraña al trabajo, el acto de tercero ajeno a la empresa, y por último la imprudencia temeraria del trabajador lesionado.

Conforme el Art 4.2, d) del ET, ``los trabajadores tienen derecho a su integridad física y a una adecuada política de prevención de riesgos laborales'', por lo que esta premisa se convierte en una obligación empresarial con respecto a sus trabajadores, en el momento en el que se establece una relación laboral, no pudiendo eximirse de la misma al empresario, puesto que conforme al Art 164 del TRLGSS, se le impone la responsabilidad ante toda circunstancia ocurrida con relación al trabajo, como ``observar las medidas generales y particulares de seguridad y salud en el trabajo''.

Por lo tanto, no le exime de responsabilidad por actos de terceros relacionados con la empresa, aunque dicho tercero haya incumplido alguna norma en materia de prevención de riesgos laborales, puesto que opera en estos casos el *deber de in vigilando*¹¹, por lo que se le responsabiliza al empresario, sin perjuicio de las acciones que pueda ejercer después contra el infractor.

Consecuencia de lo anterior, se establece en el Art 1903 del Código civil, en el que se establece conforme su desarrollo posterior de la normativa que señala, que si el culpable del hecho causante que cause el daño a un empleado del empleador, es un tercero relacionado con el empleador, como puede ser el propio trabajador lesionado o un tercero de análoga relación laboral, deberá responder el empresario, aunque se haya cometido a causa de un descuido o negligencia, o bien haya desobedecido ordenes, siempre teniendo en cuenta, que dichas circunstancias serán tenidas en cuenta para luego aplicar el porcentaje.

Como señala la Sala Tercera del Tribunal Supremo en sus sentencias de 3 y 27 de marzo de 1998, no se agota la responsabilidad del empresario con el mero hecho de comunicar a los empleados las instrucciones y EPIS¹², sino que se establece un *deber in vigilando*, por el cual el empleador, es el responsable de que dichas instrucciones y ordenes comunicadas a sus empleados, sean ejecutadas conforme el procedimiento adecuado para ello, para lo cual deberá supervisar que así se realicen, con los medios técnicos o humanos que se requiera, con la finalidad de prevenir los riesgos derivados de la actitud negligente e infractora de sus empleados.

Por lo tanto, el nexo causal no se rompe por la simple concurrencia de imprudencia o negligencia, siempre y cuando no tenga la calificación de temeraria, o bien de la acción negligente de un tercero, siempre y cuando este tercero sea ajeno al empleador, puesto que si entre este, y el empleador hay una relación laboral, de amistad o

¹¹ Deber in vigilando: obligación que se le impone al empresario de vigilar y controlar las acciones peligrosas realizadas por sus empleados, a través de los recursos preventivos correspondientes.

¹² EPI: equipo de protección individual.

consanguineidad, queda claro que recaerá el empleador en responsabilidad de la acción cometida por el tercero, conforme lo dispuesto en la legislación civil, sin perjuicio de las acciones posteriores que pueda ejercitar sobre dicho tercero culpable del daño.

Como se establece en la obra de *José Antonio Capillas Bolaños*, en la sentencia de 8 de octubre de 2001 va más allá y dice: ``el deber de protección del empresario es incondicionado y prácticamente ilimitado.

Deben adoptarse las medidas de protección necesarias, cualesquiera que ellas fueran. Y esta protección se dispensa aun en los supuestos de imprudencia no temeraria del trabajador´´.

Por lo que se resume la existencia de dicho nexo causal, que solo se produciría su ruptura, por las situaciones mencionadas anteriormente.

4. RECONOCIMIENTO Y CUANTIA DEL RECARGO

4.1 RECONIMIENTO

La competencia para declarar la responsabilidad empresarial que proceda por falta de medidas de seguridad o higiene en el trabajo, y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas, se atribuye al Instituto Nacional de Seguridad Social, recayendo en el Director Provincial, conforme lo establecido en el Art. 1.1 e) del RD 1300/1995, sobre incapacidades laborales del sistema de Seguridad Social, y conforme la Orden de 18 de enero de 1996, por la que se desarrolla dicho Real Decreto 1300/1995.

El INSS incoa el procedimiento, bien de oficio, a petición del beneficiario o su representante legal, o bien tras la actuación de la Inspección de Trabajo de la Seguridad Social, conforme el Art 22.9 de la LITSS.

En todos los casos de inicio del procedimiento, se requiere el *informe propuesta*¹³, cuyo responsable de ejecución recae en la ITSS, que se emitirá conforme los hechos y circunstancias concurrentes, disposición infringida, las causas enumeradas en el Art 164. 1 del TRLGSS, que motive la propuesta y el porcentaje que considere procedente aplicar.

Además, si se hubiese practicado un acta de infracción y hubiese recaído resolución de la autoridad laboral sobre la misma, dicha resolución se aportará al expediente de infracción, y en el caso de que no se hubiese llevado a cabo previamente el acta de infracción deberá justificarse los motivos en el dicho informe propuesta.

Posteriormente, se dará el *trámite de audiencia*¹⁴, al empresario, que es el presunto responsable de la falta de medidas de seguridad, para que en un plazo de 10 días formule alegaciones y presente los documentos que estime pertinentes, pudiendo previamente hacer alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio por los interesados, debiéndose tener en cuenta que conforme la LPACAP, la falta del trámite de audiencia previa, no supondrá en si misma que se haya prescindido totalmente del procedimiento establecido, sino que solo producirá la anulación del acto si esta asunción, genera indefensión al empresario.

¹³ Informe propuesta: es el informe técnico realizado por la Inspección de Trabajo de la Seguridad Social, que detalla todo lo relacionado con el asunto en cuestión.

¹⁴ Tramite de audiencia: es el tramite inexcusable que se regula en el Art 105.c) de la CE, y en el Art 82 de la LPACAP, en el que los interesados tienen un plazo entre 10 y 15 días, antes de la resolución, para presentar o alegar lo que estimen conveniente al caso.

Por lo tanto, el *EVI* ¹⁵deberá emitir y elevar al Director Provincial del INSS el dictamen propuesta, conforme el Art 10 de la OM de 18 de enero de 1996, que estará relacionado con el ``porcentaje de incremento de prestación que propone y posibilidades de recuperación del trabajador´´.

La Entidad Gestora, en este caso el INSS, tiene un plazo máximo para resolver el expediente de recargo de prestaciones de 135 *días hábiles*¹⁶, desde la fecha del acuerdo de iniciación del procedimiento de oficio o de la recepción de la solicitud de iniciación del mismo, por lo que una vez que transcurre sin que recaiga una resolución expresa, se podrá entender desestimada la solicitud por *silencio administrativo*¹⁷, y por lo tanto, el interesado podrá ejercitar las reclamaciones judiciales oportunas.

La resolución que ponga fin al procedimiento, en la que se acuerde el recargo, deberá de ser motivada, con expresión de las circunstancias concurrentes, la disposición en materia de prevención de riesgos laborales que se ha infringido, la causa concreta de las enumeradas en el Art 164 del TRLGSS, y el porcentaje que se ha determinado a aplicar sobre las cuantías de las prestaciones de la seguridad social, que resulten procedentes.

No obstante, dicha resolución debe determinar el empresario responsable de su abono, es decir, el empresario declarado responsable del recargo de prestaciones que deberá de proceder al pago, a través del método del *capital-coste* ¹⁸del recargo ante la Dirección Provincial de la Tesorería General de la Seguridad Social, conforme el plazo y condiciones establecidos en el Art 8 del RD 1621/2011, de 14 de noviembre.

¹⁵ *EVI*: equipo de valoración de incapacidad, constituido como un equipo técnico médico-social, que tiene encomendada la inspección y evaluación de las patologías que pueden determinar una Incapacidad laboral, ya sea temporal o permanente.

¹⁶ *Días hábiles*: son los días efectivos para la administración, y conforme al Art 30.2 de la LPACAP, serán de lunes a viernes, excepto los festivos, sino lo contradice una ley o el derecho de la UE.

¹⁷ *Silencio administrativo*: la estimación o desestimación tacita que la Ley anuda al silencio de la Administración respecto de la petición de un ciudadano, una vez transcurrido el plazo legalmente establecido.

¹⁸ *Capital-coste*: la aportación económica que ha de constituirse en la Tesorería General de la Seguridad Social por parte del empresario infractor.

Por lo tanto, una vez que se ingresa el capital-coste del recargo a la TGSS, esta se lo comunica al INSS, para que se proceda al abono del recargo al beneficiario de este, por lo que en el caso de que si el empresario no ingresa el capital-coste en el periodo voluntario, se procederá por parte de la TGSS a la recaudación por vía ejecutiva, conforme el procedimiento establecido al efecto.

La resolución de la Dirección Provincial del INSS es susceptible de revisión por la jurisdicción social, si bien es necesario que los interesados interpongan reclamación previa a la vía judicial.

Por otro lado, por los mismos hechos, por los que se interpone el recargo de prestaciones, se suele levantar el acta de infracción, y su posible impugnación de la sanción administrativa por infracción de medidas de seguridad y salud en el trabajo, que corresponderá a la jurisdicción contenciosa-administrativa.

Por último, el reconocimiento del derecho a percibir el recargo solo procede si la responsabilidad en esta materia no ha prescrito.

Sobre el plazo de prescripción, el cual, se tratará más adelante, cabe mencionar de forma sucinta, que no existe en esta materia una disposición legal expresa, por lo que caben las siguientes posibilidades:

- Aplicar el plazo de prescripción de las acciones derivadas del contrato de trabajo, que será de 1 año, en base al llamado *deber de seguridad*¹⁹.
- Aplicar el plazo de prescripción de las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales.

¹⁹ Deber de seguridad: es un deber del empresario íntimamente relacionado con el derecho del trabajador a la protección de la integridad física, recogido en el Art. 4.2,d) del ET.

- Aplicar el plazo de prescripción previsto con carácter general para el reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social, que son 5 años.

En mi opinión, en base al juicio y aplicación de la jurisprudencia, se corresponde con el plazo de 5 años, puesto que se computa el plazo de forma análoga al de la prestación de la seguridad social que de forma análoga devenga el beneficiario a consecuencia del hecho causante de la contingencia profesional.

Si bien es cierto, que el computo del plazo de los 5 años ha sido contradictorio por los Tribunales Superiores de Justicia, por lo que conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2015, el plazo para solicitar el recargo surge desde que por primera vez le reconocen la prestación de seguridad social al beneficiario.

También se debe mencionar que conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2018, en el caso de que no haya solicitud, la fecha que ha determinado la Inspección de Trabajo de la Seguridad Social, en los informes y actas realizadas en relación con el hecho causante, que determinen el incumplimiento empresarial, sirven a modo de solicitud, y se retrotrae a dicha fecha.

4.2 CUANTIA

Por lo que se refiere a la cuantía del recargo, el Art 164.1 del TRLGG señala que oscilara entre un 30 y un 50 por 100, ``según la gravedad de la falta'', siendo estos los límites mínimos y máximos, que no podrán variarse, y que deben de ser proporcionales como se expone de la literalidad del articulado, de la gravedad de las faltas o infracciones que ha cometido el empresario.

El porcentaje que se aplica en cada caso se fijara por lo tanto conforme la gravedad de la falta, la negligencia o intencionalidad del infractor, número de trabajadores afectados y otras circunstancias como se expone en el Art 39.2 de la LISOS.

El importe del recargo lo fija la entidad gestora, siendo en este caso el INSS, en vía administrativa, o bien los Juzgados de lo Social, en caso de su imposición en vía judicial.

En cualquier caso, el importe fijado por el juez de instancia podrá ser reconsiderado en suplicación para comprobar si excede o no del margen de apreciación que corresponda al caso en concreto, y lo mismo es de aplicación, por los mismos motivos a las resoluciones dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, que serán revisables mediante el recurso de casación para la unificación de doctrina.

El Art 164.1 del TRLGG no contiene unos criterios de graduación precisos para la determinación de la cuantía porcentual del recargo, limitándose a indicar una directriz general que es la ``gravedad de la falta'', lo que supone dejar un amplio margen de apreciación al órgano resolutor para la concreción de este.

En cuanto a las prestaciones sobre las que se aplica el recargo, se debe de determinar que dicha institución jurídica tiene un carácter híbrido por lo que hemos visto hasta ahora, y por consiguiente, al ser considerado como una sanción al empresario, por la infracción cometida, no podrá imponerse el recargo sobre las *mejoras voluntarias*²⁰, que sean percibidas por el trabajador en virtud de convenio colectivo, contrato de trabajo o acuerdo análogo, por lo que solo es aplicable de forma restrictiva, y conforme lo dispuesto por la Sala IV del Tribunal Supremo en Sentencias de 20 de marzo de 1997 y

²⁰ Mejoras voluntarias: obligaciones empresariales voluntariamente asumidas de conceder un beneficio económico a favor de los trabajadores, pero en los términos y condiciones normativamente establecidas para la contingencia sobre la que se proyecten.

14 de febrero de 2001, solo es aplicable a las prestaciones básicas de la seguridad social, que deriven por contingencias profesionales.

Conforme las doctrinas del Tribunal Supremo acerca del modo de operar el recargo y las condiciones en que puede ser impuesto, se sintetiza en la obra realizada por Manuel Iglesias Cabrero, en base a las sentencias de 2 de octubre de 2000, 14 de febrero de 2001 y 9 de octubre de 2001, por lo que se deben tener en cuenta los siguientes postulados:

Primero. Puesto que se trata de una medida sancionadora, las circunstancias concurrentes en cada supuesto han de ser valoradas aplicando un criterio restrictivo, debido a su naturaleza sancionadora.

Segundo. El recargo es una institución jurídica independiente de las restantes indemnizaciones, configurándose como una *institución híbrida* ²¹.

Tercero. Su finalidad es evitar la siniestralidad laboral, imputándose sus consecuencias al empresario infractor.

Cuarto. Dicha institución se motiva la actitud preventiva en la empresa, influyendo en la posición del empresario en la materia de seguridad e higiene en la empresa.

Quinto. Aunque sea tratado posteriormente, se constata que dicha institución jurídica puede coexistir con otras responsabilidades, no vulnerando el *principio non bis in idem*.

²¹ Institución híbrida: es la configuración del carácter mixto, en el que comprende una mezcla jurídica entre el carácter indemnizatorio, y el carácter sancionador.

Sexta. Si solo se tratase de una indemnización, no tendría sentido la intervención del INSS, para decidir de su procedencia.

Séptima. Se admite la incompatibilidad y la compensación con otras indemnizaciones, de forma que si en el ámbito civil, se estableciese una indemnización superior al 50 por 100 de las prestaciones económicas de la Seguridad Social, ya no se aplicaría el recargo de prestaciones, transformándose dicho recargo en una indemnización adicional, que si fuera asegurable.

Octavo. La determinación de la base económica sobre la que debe operar el recargo de prestaciones es en su totalidad, es decir, en el total de la prestación reconocida derivada de contingencias profesionales.

Noveno. Como se ha comentado ya anteriormente, el comportamiento de la víctima es un elemento de relieve para el cálculo de la cuantía, valorándose para su graduación la imprudencia simple y la profesional, siempre y cuando no sea temeraria, de forma que se graduara el porcentaje, desde un 30 al 50 por 100, no pudiendo ser inferior ni superior a dichos porcentajes.

Decima. Si la sentencia firme anula la resolución administrativa que reconoció el recargo, se impone la obligación de reintegrar la totalidad de lo ingresado, sin detraer la parte correspondiente a las prestaciones ya satisfechas, siendo la obligada al reintegro la TGSS, conforme la sentencia de 3 de mayo de 2006.

4.3 CONCURRENCIA DEL RECARGO CON OTRAS PRESTACIONES

El Art 164.3 de la LGSS, declara ``la responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción´´.

La compatibilidad del recargo con otras sanciones administrativas y con la indemnización por daños y perjuicios es corroborada por el Art 42.3 de la Ley 31/1995 de PRL, así como por el Art 43 de la LISOS en la redacción dada por el Real Decreto Legislativo 5/2000.

La compatibilidad ha planteado problemas doctrinales, y conforme la obra realizada por José Antonio Capillas Bolaños, en la cual sintetiza toda la problemática, por lo que se busca la resolución del criterio de aplicación, en base a la cuantía aplicable en concurrencia con la reclamación de todas las cantidades posibles, podemos basarnos conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1998, lo siguiente.

Derivado del hecho causante que origina el recargo de prestaciones, puede surgir un solo daño que compensar o indemnizar, debería existir también un límite en la reparación de este, ya que, aunque puedan plantearse distintas reclamaciones antes jurisdicciones diferentes, la indemnización global debería de ser única que coincidiría con lo percibido por los perjudicados por los diferentes conceptos.

La cuestión problemática, se suscita en base a que si una vez determinada el *quantum indemnizatorio*²², se debe de deducir del mismo el importe del recargo o sumárselo.

Dicha problemática se resuelve en base a la naturaleza de la institución jurídica del recargo de prestaciones, puesto que, si se considera que tiene un carácter indemnizatorio, se debe de descontar de la indemnización total para evitar un enriquecimiento injusto.

Por otro lado, en el caso de que se considere que tiene un carácter sancionador, se procede a no descontar las cuantías, puesto que es independiente, y por tanto el recargo

²² Quantum indemnizatorio: es la cantidad total que indemnizar.

es una sanción cuantitativa que se añade a la indemnización que corresponda en base a la responsabilidad civil, penal o administrativa, generándose en este punto la controversia de la violación de principio non bis in idem, el cual ya hemos adelantado, que no se produciría, debido a su carácter híbrido.

La cuestión ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en sentencias de 2 de octubre del 2000, 14 de febrero y 9 de octubre de 2001, entre otras, en el sentido de que el recargo es una institución específica y singular de nuestra normativa de Seguridad Social, independiente y no subsumible en otras figuras típicas, lo que excluye la compensación de este con parte de la indemnización total que no puede verse disminuida en el importe del recargo, sino, por el contrario, incrementado por él.

Es decir, que se reconoce que es una institución jurídica de carácter híbrido.

Conforme la obra de José Antonio Capillas Bolaños, en la cual sintetiza el criterio aplicable por la jurisprudencia, en base a los siguientes argumentos:

Primero. Que el recargo persigue prevenir los riesgos laborales en una sociedad con altos índices de siniestralidad.

Segundo. Que ese fin se consigue sancionando al empresario una vez incumplida la normativa de seguridad de forma directa con la obligación de pagar una cantidad no asegurable.

Tercero. Que, caso de darse al recargo carácter indemnizatorio, resultaría que recibiría igual trato el empresario infractor de normas de seguridad que aquel que en igual caso hubiese cumplido expediente administrativo, pues ambos pagarían idéntica cantidad. Mientras que la Ley lo que quiere es que en casos similares pague más quien no ha observado las normas de seguridad.

Cuarto. Que tal solución no viola el principio de non bis in ídem, ya que el mismo no siempre imposibilita la sanción de unos mismos hechos por autoridades de distinto orden y que los contemplen, por ello, desde perspectivas diferentes.

Por consiguiente, en mi opinión, el criterio aplicable es correcto, debido a que dicha institución, se la ha determinado correctamente como una institución con carácter híbrido, que se desprende de su carácter indemnizatorio y de su carácter sancionador, por lo que se consigue una doble función.

Primero. Ejercer una influencia en la relación laboral entre empresario y trabajador, de forma que el empresario actúe de forma consistente en materia de prevención de riesgos laborales, en base al carácter sancionador del recargo, incentivándose la protección del trabajador.

Segundo. Aportar una cuantía indemnizatoria al trabajador que ha sufrido un hecho causante a consecuencia de una infracción en materia de prevención de riesgos laborales, lo que le aporta una cuantía económica adicional al trabajador.

Por lo tanto, esta interpretación supone que no sea de aplicación la violación del principio non bis in ídem.

5. SUJETOS RESPONSABLES

5.1 SUPUESTO GENERAL

El Art. 164.2 del TRLGSS establece ``la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o trasmitirla. ``

En consecuencia, el sujeto responsable de abonar el recargo es única y exclusivamente del empresario incumplidor de las medidas de seguridad e higiene, sin que exista responsabilidad subsidiaria del INSS, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Supremo, afirmando que el recargo no constituye en modo alguno ``una forma o modalidad de prestación que justifique su asunción por la Entidad Gestora correspondiente``.

En tal sentido, la STS de 8 de marzo de 1993 sostiene que no cabe invocar, con consistencia jurídica alguna, un posible desamparo del trabajador que no alcance a percibir el recargo por falta de medidas de seguridad, a causa de insolvencia de la empresa, directamente condenada a su abono, pues ``el principio de protección social proclamado por el Art. 41 de la Constitución Española no puede tener un alcance ilimitado sino, que, como es obvio, ha de desenvolverse dentro de ciertos límites y en el marco de las disponibilidades financieras del propio régimen de Seguridad Social adoptado``.

De este postulado jurídico, se desprende la imposibilidad de la aplicación del *anticipo del recargo de prestaciones* ²³ por parte de la Entidad Gestora, al no resultar ella responsable de ninguna de las maneras.

Por lo que no procede el anticipo por el INSS, ya que la naturaleza del recargo y la nulidad de pleno derecho de los pactos que el empresario celebre para cubrir, compensar o transmitir su responsabilidad, impide que se traslade la misma, ni por la vía del anticipo, a persona o entidad distinta del empresario infractor, conforme la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 12 de noviembre de 2002.

El INSS, como sucesor del Fondo de Garantía de Accidente de Trabajo, no se le aplica la responsabilidad subsidiaria en el abono del recargo por insolvencia del empresario, y ello porque al tener un carácter sancionador es intransferible la responsabilidad por actuación culpable del empresario, como se desprende de las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2004.

Finalmente, tampoco cabe el anticipo del recargo por parte de la Entidad Gestora.

No obstante, aunque la responsabilidad se atribuye al empresario infractor, existen supuesto especiales en los que concurren una pluralidad de empresarios, lo que plantea la cuestión de determinar el sujeto responsable del pago del recargo.

²³ Anticipo del recargo de prestaciones: fruto del principio de automaticidad de las prestaciones, que es la obligación de las Entidades gestoras o colaboradoras de anticipar el pago de las prestaciones, subrogándose en los derechos y acciones de los beneficiarios.

5.2 SUPUESTO ESPECIAL EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS DE OBRAS Y SERVICIOS

La responsabilidad recae directamente sobre el ``empresario infractor'', por lo que el criterio determinante para la imposición del recargo no es el de empleador, sino el de empresario y ello porque puede concurrir en un mismo centro de trabajo una pluralidad de empresarios obligados, distintos del puro empleador en la relación laboral.

En esta situación, conllevará la imposición del recargo con carácter solidario a todos ellos, siempre y cuando el incumplimiento en las medidas preventivas este en la cadena causal del accidente, y no aquellos otros a los que tal tipo de incumplimiento no sea imputable, incluso haría posible la no imposición del recargo al empleador y si a otro empresario, por ser este último el infractor, conforme la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 31 de octubre de 2005.

El problema reside en esclarecer a que empresa o empresas alcanza la responsabilidad del abono del recargo, cuando el trabajador siniestrado pertenecía a una empresa contratista o subcontratista de otra principal.

La mayoría de los pronunciamientos jurisprudenciales venían excluyendo del ámbito de la responsabilidad solidaria el recargo de prestaciones en base a la que la obligación en materia de seguridad e higiene correspondía en todo caso al empleador del trabajador, incluso cuando los servicios se prestan en los locales de la empresa principal.

Sin embargo, a partir de la STS de 18 de abril de 1992, se admite la eventual responsabilidad solidaria de la propia empresa principal, contratista y/o subcontratista, sobre la base de la propia noción de ``*empresario infractor*''²⁴.

²⁴ Empresario infractor: es el empresario en quien recaer la responsabilidad del recargo, tipificándose como el empresario incumplidor en materia de prevención de riesgos laborales, que recibía directa o indirectamente del trabajo del trabajador afectado.

Conforme lo que ha dispuesto *Adrián Todoli* ²⁵ en su obra, aunque parezca que la solución venga derivada de la existencia de tareas de propia actividad o no por parte de la subcontratista la jurisprudencia mantiene un criterio distinto entendiendo lo siguiente:

La encomienda de tareas propias de la propia actividad a otra empresa genera específicos y reforzados deberes de seguridad laboral, pero no comporta un automatismo en la responsabilidad del recargo de prestaciones que pueda imponerse a los trabajadores de las contratistas o subcontratistas.

La encomienda de tareas correspondientes a actividad ajena a la propia es un elemento que debe valorarse, junto con otros, de cara a la exención de responsabilidad de la empresa principal pero tampoco es definitivo.

Así pues, la empresa principal puede resultar responsable del recargo de prestaciones, aunque las tareas encomendadas a la empresa auxiliar del trabajador accidentado no correspondan a su propia actividad.

Por ello, la jurisprudencia mantiene:

Primero. Que las tareas encomendadas sean ajenas a la propia actividad no comporta la imposibilidad de que se imponga el recargo de prestaciones.

Segundo. También debe considerarse errónea la doctrina extensiva de la responsabilidad por el recargo de prestaciones al empresario principal en todo caso incondicionalmente y sin apreciar la existencia de infracciones que le sean achacables.

²⁵ Adrián Todoli: artículo de su blog, 24 de enero de 2019, Recargo de prestaciones. ¿Cuándo es responsable la empresa principal en un accidente de un trabajador de la empresa subcontratista?

En fin, lo decisivo para determinar si la empresa principal asume responsabilidad en materia de recargo de prestaciones es comprobar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad.

Así lo indica el Tribunal Supremo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2018.

Este argumento también es secundado en opinión de *Ignacio Beltrán De Heredia*²⁶, quien, en su comentario realizado en base a dicha sentencia, declara lo siguiente:

Comparte la fundamentación y el fallo de la sentencia, pues, la cuestión relativa a la calificación de la actividad contrata (``propia actividad`` o no) no es determinante (quedando la discusión desplazada, en esencia, a determinar si el accidente se ha producido por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad).

En este sentido, teniendo en cuenta la valoración del Ministerio Fiscal recién apuntada, la lectura de la sentencia en suplicación (STSJ Castilla y León de 13 de octubre de 2016), es particularmente interesante, pues, atribuye la condición de ``promotor`` a la principal (ex art.9 Ley 38/1999, art 3.b Ley 32/2006 y art 2.1.c RD 1627/1997) y, por ende, le imputa el incumplimiento de la obligación de nombramiento de un coordinador de seguridad y salud en la fase de proyecto y de ejecución, así como de la elaboración de un estudio de seguridad y salud y del posterior plan.

A su vez, en aplicación del art 24.3 LPRL (y del RD 171/2004 que lo desarrolla), le imputa el incumplimiento de la obligación de dar la información y las instrucciones adecuadas a los empresarios que presten servicios en su centro de sobre los riesgos existentes y las medidas de protección y prevención correspondiente.

²⁶ Ignacio Beltrán de Heredia: artículo en su Blog, 22 de octubre de 2018. Accidente de trabajo en empresa subcontratista, recargo de prestaciones y responsabilidad solidaria de la principal (STS 19/09/18, rec.144/2017).

Finalmente, en la medida que, como se ha apuntado, tales trabajos tenían riesgo de exposición al amianto, también entiende que se ha incumplido la normativa de seguridad y salud que los regula (RD 396/2006), pues, la principal ha incumplido la obligación de realizar un plan de trabajo, ``sin que en este punto sea requisito que la actividad de la empresa principal y la del contratista o subcontratista sean la misma, bastando con la cualidad de empresario de la empresa principal``.

Por lo tanto, conforme la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1992, anteriormente mencionada, se señala que ``es perfectamente posible que una actuación negligente o incorrecta del empresario principal cause daños al empleado de la contrata e incluso que esa actuación sea la causa determinante del accidente laboral sufrido por este, por lo que no parece correcto excluir, por este sistema y en todo caso, de responsabilidad a la empresa principal``.

Si bien es cierto, el Art 42.3 de la LISOS en conexión con el Art 24.3 de la LPRL parece optar por la responsabilidad solidaria, al señalar que ``la empresa principal responderá solidariamente con los contratistas o subcontratistas a que se refiere el apartado 3 del artículo 24 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales del cumplimiento, durante el periodo de la contrata, de las obligaciones impuestas por dicha Ley en relación con los trabajadores que aquellos ocupen en los centros de trabajo de la empresa principal, siempre que dicha infracción se haya producido en el centro de trabajo de dicha empresa principal``.

En todo caso, la responsabilidad solidaria parece que se restringe al quedar condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos:

- 1- *Que las obras o servicios contratados correspondan a la propia actividad del empresario principal.* El concepto de propia actividad no es fácil de delimitar, si bien cabe entender como tal aquellas actividades en las que se advierta una conexión directa o indirecta con el proceso productivo de la empresa, que constituyen una labor

complementaria esencial. No obstante, la STS de 16 de diciembre de 1997, relativiza el criterio de propia actividad, dando prioridad al hecho de que el accidente se haya producido ``por una infracción imputable a la empresa principal y dentro de su esfera de responsabilidad``. Por encima del criterio de la propia actividad hay que tener en cuenta en primer lugar el Art. 164 del TRLGSS, en cuyo número 2 se dispone que la responsabilidad del pago del recargo ``recaerá directamente sobre el empresario infractor``.

- 2- *Que la infracción en materia de seguridad e higiene se haya producido en el centro de trabajo de la empresa principal.* Por lo que, si el accidente no se produce en centro o dependencia alguna de la empresa principal, no procede imputar a esta solidariamente con la contratista el recargo. Este requisito plantea la cuestión de si quedan fuera del ámbito de la responsabilidad solidaria los supuestos particulares de descentralización productiva, en los que los trabajadores de la empresa contratista o subcontratista no prestan servicios en los centros de trabajo de la empresa principal, si bien operan con máquinas equipos, etc., de la empresa principal. En estos casos, el empresario principal tiene que proporcionar a los contratistas o subcontratistas, y estos recabar de aquellos, la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos. En estos casos, el empresario principal tiene que proporcionar a los contratistas o subcontratistas, y estos recabar de aquellos, la información necesaria para que la utilización y manipulación de la maquinaria, equipos y útiles de trabajo se produzca sin riesgos para la seguridad y la salud de los trabajadores, así como para que los empresarios puedan cumplir con sus obligaciones de información respecto de sus trabajadores.
- 3- *Que la infracción se haya cometido durante la vigencia de la contrata.* En definitiva, el fundamento de la responsabilidad solidaria está en que la inobservancia del deber de vigilancia de la empresa principal haya contribuido a la producción del daño. Así, como mantiene un sector de la doctrina, existen supuestos particulares en los que no se da una responsabilidad solidaria a pesar de que coexistan dos o más empresas:

- a- La empresa contratista o subcontratista no responde solidariamente con la principal de una infracción solo a esta imputable, cualquiera que sea la adscripción empresarial del trabajador. El responsable único del pago del recargo será el empresario principal si la infracción a él imputable ha sido la causa determinante de la lesión.
- b- No existirá responsabilidad solidaria de la empresa principal en aquellos casos en los que la lesión sea consecuencia exclusiva del incumplimiento de las medidas preventivas por parte de la contratista. El pago del recargo recaerá solo sobre el contratista, por ser el empresario infractor.
- c- La empresa principal responde solidariamente con la contratista cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas ha contribuido en la producción del resultado dañoso. Para que se proyecte la responsabilidad en la empresa principal es necesario que la falta de seguridad originadora del accidente le sea también imputable. No sería, pues, suficiente con alegar sin más el At. 42.3 de la LISOS para imputar la responsabilidad solidaria a la empresa principal. De lo expuesto podemos concluir que el responsable del pago podrá ser indistintamente del empresario principal, el contratista o ambos, dependiendo de aquel a quien le sea imputable el incumplimiento de la normativa relativa a la prevención de riesgos laborales. Todo ello, en base a que el artículo central en esta materia es el Art 164.2 del TRLGSS, que debe prevalecer sobre el Art.42.3 de la LISOS, por lo que la responsabilidad del empresario principal ha de ser matizada, vinculándola a la idea de empresario infractor.

Por consiguiente, una vez que se determina la responsabilidad solidaria, cabe mencionar como se determina el reparto del importe en cuanto a la responsabilidad, por lo que se debe atender al grado de participación en la producción del resultado perjudicial de cada una de las empresas afectadas.

Por lo que la responsabilidad al ser solidaria puede ser abonada por cualquiera de las empresas responsables, y luego será posible poder repercutir dichas cantidades que sean exigibles a las otras responsables.

Por último, derivado del carácter sancionador se desprende la imposibilidad de realizar cualquier pacto o contrato que exima la responsabilidad a una de las empresas, imponiéndoselo a la otra, considerándose un contrato *contra legem*²⁷.

5.3 SUPUESTO ESPECIAL EN EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

En el caso de Empresas de Trabajo Temporal, no le alcanza la responsabilidad en relación con el recargo por falta de medidas de seguridad imputables a la empresa usuaria, conforme con el Art 42.3 del TRLISOS.

No obstante, procede declarar la responsabilidad solidaria de la ETT cuando incumpla las obligaciones en materia de formación y vigilancia de la salud fijadas en los Art 28.2 y 28.3 de la LPRL y esa falta de formación fuera una de las causas que, conjuntamente con las imputadas a la usuaria, propiciaron el accidente, como se establece en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de mayo de 2005, o las obligaciones impuestas por el Art 3.3 del RD 216/99, relativas a la previa formación teórica y práctica necesaria para el puesto de trabajo a desempeñar por el trabajador cedido o se incurra en un supuesto de cesión prohibida al prestar servicios el trabajador en una actividad prohibida, según se deduce del RD 216/99.

Por consiguiente, el lo que respecta a la empresa usuaria, será la responsable de las condiciones de ejecución del trabajo en todo lo relacionado con la protección de la seguridad y salud de los trabajadores, así como del recargo de prestaciones económicas del Sistema de Seguridad Social que puedan fijarse, en caso de Accidente de trabajo o Enfermedad Profesional que tenga lugar en su centro de trabajo durante el tiempo de vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de

²⁷ Contra legem: contrario a la Ley.

seguridad e higiene, conforme lo establecido en el Art 42.3 del TRLISOS, siendo esto definido por la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 14 de diciembre de 2005.

En este sentido, hay que determinar que el Art 16.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio de empresas de trabajo temporal, considera que l empresa usuaria es responsable del recargo de prestaciones de Seguridad Social en caso de AT o EP, que tenga lugar en su centro de trabajo durante la vigencia del contrato de puesta a disposición y traigan su causa de falta de medidas de seguridad e higiene, conforme lo mencionado anteriormente.

Además, cabe la posibilidad de extender la responsabilidad del abono del recargo con carácter solidario a la empresa usuaria y a la ETT, cuando el incumplimiento conjunto de ambas empresas haya contribuido a la acusación del siniestro, en los mismos términos en los que nos hemos pronunciado en materia de contratas y subcontratas.

No obstante, un sector de la doctrina mantiene que, dada la relación triangular y la existencia de obligaciones para ambas partes, cabría pensar en una responsabilidad subsidiaria de la ETT en relación con la empresa usuaria.

6. PROHIBICIÓN DEL ASEGURAMIENTO DEL RECARGO

Conforme al Art.164.2 del TRLGSS, ``la responsabilidad del pago del recargo establecido en el apartado anterior recaerá directamente sobre el empresario infractor y no podrá ser objeto de seguro alguno, siendo nulo de pleno derecho cualquier pacto o contrato que se realice para cubrirla, compensarla o transmitirla``.

Por lo que la ley, en este aspecto ha sido muy claro, no dejando el legislador ningún margen de duda acerca de la posibilidad de su aseguramiento, por muy discutida que pueda ser esa opción acordada por el legislador.

No obstante, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales 31/1995, de 8 de noviembre, crea una confusión debido a que en su articulado podemos destacar la existencia del Art 15.5, el cual dispone lo siguiente, ``podrán concertar operaciones de seguro que tengan como fin garantizar como ámbito de cobertura la previsión de riesgos derivados del trabajo, la empresa respecto de sus trabajadores. Los trabajadores autónomos respecto a ellos mismos y las sociedades cooperativas respecto a sus socios cuya cantidad consista en la prestación de su trabajo personal``.

Con este artículo, se suscita la idea de si ello, implicaba la derogación implícita del Art 164.2 del TRLGSS, siendo esto una idea contraria a lo planteado por la mayoría de la doctrina, y siendo así determinado con la redacción posterior a la LPRL del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, en el que se sigue manteniendo la literalidad de la prohibición del aseguramiento, contenido en el antiguo Art 123.2 del TRLGSS.

El aseguramiento de la institución jurídica del recargo de prestaciones implica que no se produzca el efecto disuasorio y motivador del cumplimiento de la normativa en materia de prevención de riesgos laborales, por parte del empresario, puesto que como dichos efectos son asegurables, no tendría como prioridad, la cobertura de dicho riesgo de forma práctica en las relaciones laborales, puesto que ya estaría cubierto ante cualquier infracción.

Dicha idea suscita de parte de la doctrina, como indica *Manuel González Labrada*²⁸, que indica en su obra, ``en la finalidad consistente en evitar que se sustituya la obligación de prevención por el seguro voluntario, así pues, al ser el empresario responsable directo y único de las consecuencias derivadas de una conducta propia no conforme con la normativa técnica preventiva, se impone la prevención sobre la reparación, quedando solo la posibilidad de asegurar la responsabilidad en aquellos en que el accidente es debido a un riesgo inevitable por medio técnicos o a la propia imprudencia profesional``.

Sin embargo, la posibilidad de su aseguramiento, tiene un efecto ventajoso con respecto al trabajador, puesto que le otorga la garantía del cobro, tanto al trabajador accidentado como a sus beneficiarios en el caso de que les hubiese, ante cualquier circunstancia sobrevenida que sufriese el empresario, y que fuese motivo de incumplimiento del pago del recargo de prestaciones, lo que se da con bastante frecuencia, como se puede generar cuando el empresario se declara insolvente, en casos de suspensión de pagos, concurso de acreedores o la quiebra empresarial.

Por lo que, conforme recoge *Fernando Sicre Gilabert*²⁹ en su obra, se ha abierto el debate sobre el aseguramiento del recargo con una serie de matizaciones que pasamos a enumerar.

Primero. Conforme la opinión de *Manuel Ángel Purgalla Bonilla*³⁰, en los supuestos de insolvencia o concurso y con la finalidad de garantizar el cobro por el trabajador lesionado o sus derechohabientes, se debería levantar la prohibición de aseguramiento

²⁸ Manuel González Labrada: El recargo de prestaciones y la reforma: ¿un retorno a 1900 o la pérdida de su carácter coactivo? En Monereo Pérez, J.L. (ed.): La reforma del mercado de trabajo y de la seguridad y salud laboral. Universidad de Granada. Granada, 1996. Página 728.

²⁹ Fernando Sicre Gilabert: Colegio de Graduados Sociales de Cádiz, Decimonoveno artículo doctrinal del Colegiado emérito Fernando Sicre Gilabert.

³⁰ Manuel Ángel Purgalla Bonilla: El recargo de prestaciones por incumplimiento de normas de seguridad y salud laboral. Comares. Granada, 2000. Páginas 187 a 193.

empresarial de la responsabilidad en que consiste el recargo. La entidad aseguradora mantendría el derecho de repetición frente al empresario.

Segundo. Según la obra de *Manuel Luque Parra*³¹, el cumplimiento de las obligaciones de seguridad e higiene en el trabajo por el empresario, debería posibilitar la formalización del seguro correspondiente que cubra las eventuales responsabilidades en que consiste el recargo, ya que el acaecimiento del accidente puede traer su causa en personas ajenas, pero directamente vinculadas al empresario por la constitución del servicio de prevención ajeno o la empresa auditora de riesgos laborales, que pueden constituirse en auténticas culpables del acaecimiento en que consiste el accidente, pero que por la propia construcción de la responsabilidad en materia de prevención de riesgos laborales en general y del recargo en particular, hacen responsables al empresario en virtud del vínculo que les une y por el deber de seguridad que este tiene para el trabajador.

Tercero. Según lo dispuesto por *S. González Ortega*³² en su obra, si se tuviesen en cuenta circunstancias concurrentes en el acaecimiento del accidente del tipo de la imprevisibilidad o inevitabilidad del accidente, imprudencia del trabajador, etc., podría pensarse en el aseguramiento de este sobre la base de causas no imputables al empresario. Es verdad que el recargo exige para su imposición una infracción de normas de prevención, por lo que la responsabilidad empresarial en materia de recargo no nace si el empresario no es culpable. Este sector doctrinal plantea aferrarse a la finalidad preventiva perseguida por la norma con la imposición del recargo, finalidad que no se cumpliría o lo haría de forma más laxa si se admitiera la posibilidad del aseguramiento del recargo.

³¹ Manuel Luque Parra: El aseguramiento del recargo de prestaciones por incumplimiento del deber de prevención de riesgos laborales. *Revista Española de Derecho del Trabajo* N° 96, 1999. Páginas 559 y 560.

³² S. González Ortega: La seguridad e higiene en el trabajo en la Constitución. *Revista de Política Social*, N° 121, 1979. Página 201.

Por todo lo comentado, se establece una diferencia de criterio a la hora de analizar dicha institución jurídica, entendiéndose que unos le otorgan una naturaleza predominantemente indemnizatoria y otros sancionadora, teniendo como premisa el carácter motivador del comportamiento del empresario, con respecto a los riesgos laborales.

A mi juicio, el legislador tiene que hacer un esfuerzo para reformular dicha institución jurídica, de forma que, con su contenido esencial, deba prever dos cuestiones fundamentales, que en la práctica generan gran controversia, y son las ya comentadas.

Primero. El aseguramiento del cobro del recargo por parte del beneficiario ya sea conforme una operación de seguro mercantil, frente a una aseguradora, que posteriormente tenga el derecho de repercutírselo al empresario, en determinadas circunstancias tasadas legalmente, o bien, que sea asegurada por el INSS, operando el *principio de automaticidad* en el pago del recargo de prestaciones.

Segundo. Que regule las situaciones controvertidas en las que el recargo se aplicaría de forma inequívoca al empresario infractor, aunque dichas situaciones fuesen consecuencia de la negligencia o inactividad de la empresa externa de prevención de riesgos laborales, por lo que se delimite de forma mas exacta el *deber in vigilando*.

6.1 NON BIS IN IDEM

La prohibición de sancionar dos veces por el mismo hecho

El *principio non bis in ídem*, es un reflejo del *principio de legalidad penal* que se recoge en el Art. 25.1 de la CE, donde se dice, ``Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan

delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento''.

Asimismo, se refleja en el Art.3.1 de la LISOS, que tipifica la concurrencia con el orden jurisdiccional penal, en el que se dice, ``No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, de hecho y de fundamento''.

Como ya quedo de manifiesto con anterioridad, el Art 43.1 de la LISOS y el 42.3 de la Ley 31/1995, resuelven la cuestión, declarando la compatibilidad del recargo con otras sanciones penales o administrativas que pueden imponerse, así como con las demás responsabilidades que puedan declararse.

Y las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2000, 14 de febrero y 9 de octubre de 2001, expresamente, declaran que no vulnera el principio non bis in ídem el hecho de que se imponga el recargo por unos hechos que ya han sido sancionados penal o administrativamente, por cuanto, cabe que un mismo hecho sea sancionado por autoridades de distinto orden que lo contemplen desde perspectivas diferentes, razón por la que, como sanciones administrativa o penal y recargo no contemplan el hecho desde la misma perspectiva de defensa social, cabe la compatibilización del recargo con la imposición de otra sanción penal o administrativa.

Tal solución es la acogida por el citado Art 3.1 LISOS, al dejar fuera de la prohibición de sancionar dos veces el mismo hecho, aquellos casos en que acumulativamente se aprecie identidad de sujeto de hecho o de fundamento.

Conforme la obra de Manuel Iglesias Cabrero, en la que recoge la abundante doctrina del Tribunal Constitucional, se pueden recoger las siguientes premisas:

Primera. No es posible el doble enjuiciamiento de las contravenciones por jurisdicciones distintas, como la penal y la administrativa.

Segunda. El principio impide que, sancionado un hecho por una autoridad, pueda serlo por otra del mismo orden a través de un procedimiento distinto.

Tercera. La jurisdicción penal es prevalente a las demás; la resolución administrativa no produce efecto de cosa juzgada material en el ámbito penal.

Cuarta. La resolución penal absolutoria, basada en la inexistencia del hecho, en la falta de participación del acusado en él o la extinción de la responsabilidad penal, vincula a la Administración. Pero si la sentencia absolutoria se funda en la atipicidad penal de la conducta, puede ser sancionado el hecho en vía administrativa, si es que constituye contravención de tal clase.

Quinta. Excepcionalmente, cabe la doble incriminación cuando la potestad sancionadora de la Administración se funde en una relación de supremacía especial o estatutaria, que contemple el mismo hecho bajo otros aspectos, como puede ser la suspensión del servicio de los funcionarios públicos. A mi modo de ver, la excepción no se justifica de manera suficiente y el resultado al que conduce es a la doble incriminación por el mismo hecho.

Sexta. La doble incriminación es rechazada cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento.

Séptima. Cuando el proceso penal se cierra y se abre un nuevo proceso sancionador en vía administrativa, la declaración de hechos probados que contenga la sentencia penal vincula a todas las demás jurisdicciones. En este particular de la vinculación de los hechos probados merece la pena citar la doctrina que proclama el Tribunal Constitucional en su sentencia de 31 de enero de 2008.

7. PRESCRIPCION Y CADUCIDAD

7.1 PRESCRIPCION: PLAZO, COMPUTO E INTERRUPCION:

Para resolver la cuestión de la prescripción se debe atender a la naturaleza de la institución jurídica que nos ocupa, por lo que conforme lo ya planteado con anterioridad, podemos determinar la naturaleza mixta o híbrida.

Por lo tanto, aunque para las infracciones de las normas en materia de prevención de riesgos laborales, conforme la LPACAP 39/2015, se encuentre sometida al plazo de prescripción que establece el Art 4.3, en el que se dice, ``las faltas leves prescriben al año y, las graves a los tres años y las muy graves a los cinco años'', no le será de aplicación a dicha institución jurídica, puesto que no es únicamente una sanción.

Por lo que conforme la obra de José Antonio Capillas Bolaños, él no entiende que tales plazos prescriptivos sean aplicables al recargo, y yo comparto la misma opinión.

Dicha opinión es como él expone, a consecuencia de la naturaleza mixta, debido a que además de su naturaleza sancionadora, también tiene un carácter indemnizatorio y prestacional, ya que, revierte a favor del perjudicado por la infracción incrementado las prestaciones de Seguridad Social que va a percibir, se viene estimando que es de aplicar el plazo de prescripción de cinco años, que el Art 53.1 de la LGSS, establece para la prescripción del derecho a las prestaciones de Seguridad Social, en el que se dice, ``El derecho al reconocimiento de las prestaciones prescribirá a los cinco años, contados desde el día siguiente a aquel en que tenga lugar el hecho causante de la prestación de que se trate, sin perjuicio de las excepciones que se determinen en la presente ley y de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud''.

En tal sentido se ha pronunciado el tribunal Supremo en sentencias de 12 de diciembre 1997 y 10 de diciembre de 1998.

Para fijar el *diez a quo* ³³ para el computo de la prestación, debemos estar a lo dispuesto en el Art. 1969 del Código Civil, en el que se dice, ``El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contara desde el día en que pudieron ejercitarse. ``

De lo expuesto se deriva en primer lugar, que mientras no se haya reconocido por resolución firme el derecho a una prestación básica de la Seguridad Social, no empieza a correr el plazo de la prescripción de las acciones para reclamar el recargo, ya que, como vimos, el recargo requiere como elemento constitutivo para su reconocimiento, el previo reconocimiento de una prestación del Sistema de Seguridad Social.

Pero, deberá tenerse en cuenta en segundo lugar, que conforme a los Art. 53.3 de la LGSS y 16.2 de la Orden de 18 de enero de 1996, la existencia de un proceso penal por los mismos hechos contra la empresa responsable suspenderá el curso del plazo prescriptivo que empezara a correr de nuevo cuando se notifique el sobreseimiento del proceso penal o recaiga sentencia firme en el mismo.

Consiguientemente, el diez a quo para el computo de la prescripción, que nos ocupa viene dado por lo general, por la fecha de la resolución firme que reconoció las prestaciones a recargar, salvo que en la misma exista causa penal por los mismos hechos, supuesto en el que la prescripción no empezara a correr hasta que termine el proceso penal en la forma antes dicha.

³³ Dies a quo: Día inicial en el cómputo de los plazos.

Hay que destacar que los efectos económicos retroactivos serán de los tres meses desde la solicitud, conforme ha sentado las bases la jurisprudencia, en la STSJ Cataluña de 15 de julio de 1999, y también conforme la STSJ de la Rioja de 12 de mayo de 1994.

La interrupción de la prescripción se produce como señala el Art. 53.2 de la LGSS, por las causas ordinarias del Art 1973 del Código Civil, en el que se dice, ``La prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor´´, y en concreto podemos determinar que son por las siguientes causas:

Primero. Por escrito dirigido al INSS, reclamando el recargo de prestaciones o a la ITSS, conforme la STSJ de Castilla-León de 7 de Julio de 2006.

Segundo. Se produce como se ha comentado anteriormente, por el inicio de las diligencias penales hasta la fecha en que se notifica el auto de sobreseimiento o la firmeza de la sentencia, conforme la STSJ de Madrid de 3 de mayo de 2006.

Finalmente, se puede resumir que el plazo de prescripción del recargo de prestaciones es de 5 años, por lo que, si suceden 5 años desde el accidente, y el beneficiario no acude al reclamo de ejercitar su derecho, perderá el derecho por prescripción.

En relación con el computo del plazo de 5 años, conforme la STS 18/12/2015, se determina que el plazo para solicitar el recargo surge desde que por primera vez se reconocen una prestación, y en el caso de que no haya una solicitud, conforme el criterio de interpretación establecido en la STS 11/05/2018, la fecha que indique la ITSS en su informe, en el que se determine el incumplimiento empresarial, sirve a modo de solicitud, para retrotraerse.

7.2 CADUCIDAD: AFECTACION AL EXPEDIENTE DE RECARGO

Conforme lo que ha indicado José Antonio Capillas Bolaños, la institución jurídica que nos ocupa no caduca, sino prescribe el derecho al recargo, ni la posibilidad de sancionar con el mismo a la empresa que infringió las normas de seguridad determinantes del accidente.

Se ha planteado, no obstante, la caducidad de la facultad de sancionar de la Administración, al no dictarse la resolución sancionadora en plazo legal, conforme a los Art 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo, Ley 39/2015, y a ello vamos a dedicar el estudio del presente apartado.

Como dice la Ley 39/2015, cuando la administración ejercite potestades sancionadoras, susceptibles de producir efectos desfavorables o gravamen, se producirá la caducidad, transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa que ponga fin al expediente, sostienen algunos, que transcurrido el plazo máximo de seis meses que establece la Ley citada en relación con el Art 20.3 del Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

Esa teoría es rechazable, porque conforme a la Ley 40/2015, los procedimientos para imponer sanciones del orden social se regirán por su normativa específica, normativa que vienen constituida por los art 101.e) y art 6 del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio y, art 1.1, 7.1.d), 14 y 16 de la Orden de 18 de enero de 1996.

El citado art 14 de la Orden de 18 de enero 1966, dispone en su número 3, que el transcurso del plazo de 135 días establecido para resolver el procedimiento no eximirá a la entidad gestora de su deber de resolver.

Tal mandato nos muestra que no estamos ante un plazo de caducidad del expediente, ni del derecho a sancionar, pues, al reiterar la obligación de resolver, la norma nos enseña

que el plazo no es de caducidad, sino que el mismo se establece a fin de facilitar el acceso a los Tribunales del interesado, motivo el que se dispone que el transcurso del plazo supondrá el que se tenga por denegada la petición a ese fin.

Pero, además, conforme el Art 7.5 del Real Decreto 928/1998, donde se regula el reglamento para la imposición de sanciones por infracciones del orden social, norma aplicable en defecto de las anteriores, la caducidad del expediente sancionador no impide la iniciación de otro nuevo con identidad de sujeto, hechos y fundamento, siempre y cuando la infracción denunciada no haya prescrito.

8. COMPATIBILIDAD DEL RECARGO CON OTRAS RESPONSABILIDADES

En cuanto a la compatibilidad de la institución jurídica del recargo de prestaciones con otras responsabilidades que se derivan del hecho causante y de los efectos que este ha generado en el beneficiario, a consecuencia del empresario infractor, se establece una premisa en el Art 164.3 del TRLGSS, en el que dice, ``La responsabilidad que regula este artículo es independiente y compatible con las de todo orden, incluso penal, que puedan derivarse de la infracción. ``

Esta compatibilidad ha sido reforzada por los Art 42.1 y 3 de la LPRL, y ni la jurisprudencia, ni la doctrina judicial ha cuestionado dicha compatibilidad.

El recargo, pese a tener naturaleza publica y contenido patrimonial, es compatible con la responsabilidad penal, con la responsabilidad administrativa y con la responsabilidad civil o patrimonial, aparte de ir añadido, naturalmente, a la prestación ordinaria de Seguridad Social.

No obstante, como expone *Julia Muñoz Molina*³⁴, la compatibilidad del recargo con otras responsabilidades está íntimamente unida a la naturaleza jurídica del mismo. Pues si se postula la naturaleza estrictamente sancionatoria, se plantea el problema de la aplicación del principio non bis in ídem.

Si bien, al considerarlo como un híbrido entre la sanción y la indemnización, con efectos tanto represivos como resarcitorios, la imposición de la sanción penal o de la sanción administrativa, no impedirá que valorando los mismos hechos pueda imponerse el recargo de prestaciones, pues la vertiente reparadora del recargo evitaría la contradicción con el principio non bis in ídem.

Por otro lado, su carácter indemnizatorio plantea la cuestión de su posible acumulación con la indemnización civil por daños y perjuicios, en base al *principio de prohibición de enriquecimiento injusto*.³⁵

En base a dicho principio, es donde surge la controversia en lo referente a dicha institución jurídica, y en base a esto, la jurisprudencia ha señalado que el recargo de prestaciones es una institución específica y singular, no subsumible en otras categorías jurídicas, por las siguientes razones:

Primero. La finalidad del recargo de impulsar el cumplimiento del deber empresarial de seguridad.

Segundo. La declaración legal de la independencia y compatibilidad del recargo con las demás consecuencias del accidente.

³⁴ Julia Muñoz Molina: Obra, El recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, publicado en la Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales número 59.

³⁵ Principio de prohibición de enriquecimiento injusto: es el principio por el cual se prohíbe que una persona a consecuencia de un desplazamiento patrimonial aumenta su patrimonio activo a costa de otra persona, empobreciendo al actor, sin causa justa para ello.

Tercero. No existe vulneración del principio non bis in idem.

Cuarto. El recargo de prestaciones no es una mera indemnización, careciendo de importancia dicha institución si se adoptase el criterio de la deducción de la indemnización.

Por lo que la doctrina de la sala de lo social del TS, en sentencia de 2 octubre 2000, 14 febrero 2001 y 21 febrero 2002, formando doctrina a su vez seguida por las SSTSJ de Cantabria de 30 de Noviembre de 2002, mantiene que el recargo es independiente de la indemnización por daños, argumentando que la razón esencial de la exclusión de la compensación o reducción de la cuantía de la indemnización por daños del importe del recargo deriva de su propia finalidad, evitar accidentes de trabajo originados por infracciones empresariales de la normativa de riesgos laborales, la que se dejaría vacía de contenido si se procediera a la deducción.

9. CONCLUSIONES

Como afirma *Sampedro Corral*³⁶, recordando palabras de Desdentado Bonete, el recargo de prestaciones regulado en el Art 164 de la LGSS ha tenido, al menos, la virtud de confundirnos a todos, a la doctrina científica, a la jurisprudencia y a quienes tienen que litigar sobre la medida, a veces en diferentes procedimientos interpuestos ante distintos ordenes de la jurisdicción.

El recargo de prestaciones constituye una institución jurídica híbrida, que consiste en mejorar las prestaciones de la Seguridad Social, aplicando un porcentaje de entre un 30

³⁶ Sampedro Corral: Revista Alcor mgo. Número 10 de octubre de 2007.

y un 50 por 100, dependiendo de la gravedad, y que recae sobre el empresario infractor, además de las otras responsabilidades compatibles con la misma que puedan acontecer, derivado del incumplimiento de normas en materia de prevención de riesgos laborales.

Derivado del carácter híbrido como hemos comentado se desprende esa dualidad latente que mezcla el carácter sancionador con el carácter indemnizatorio, y a consecuencia de esto, dicha institución jurídica, se ve afectada de una serie de peculiaridades que la hacen especial en todo lo relativo a lo que la rodea, ya que se le es de aplicación la normativa teniendo en cuenta dicho carácter mixto.

Por lo que en resumen es una institución jurídica cuya finalidad es doble, en un principio es la de indemnizar al trabajador afectado del hecho causante con origen en contingencias profesionales, y a su vez sancionar la inaplicación de las medidas necesarias de prevención de riesgos laborales por parte del empresario infractor.

Corresponde al INSS declarar la responsabilidad empresarial por falta de medidas de seguridad e higiene en el trabajo y determinar el porcentaje en que, en su caso, hayan de incrementarse las prestaciones económicas reconocidas al trabajador (art 1.e del Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio).

Si bien, la declaración de responsabilidad debe dictarse por el Director Provincial del INSS, la ITSS, tras su actuación en la investigación del accidente o de la enfermedad profesional, puede levantar Acta de Infracción contra la empresa y puede remitir un informe propuesta de recargo al INSS. En ese informe propuesta, la ITSS tipifica la infracción y propone el porcentaje del recargo.

Con respecto a la impugnación de la decisión del INSS, el empresario deberá de interponer reclamación previa frente a dicha entidad gestora, para posteriormente, una vez resuelta la misma, poder proceder al Orden Social, para la impugnación judicial.

También, quiero comentar mi opinión en relación con dicha institución jurídica, la cual considero que es de vital importancia para paliar los accidentes laborales, y de esta forma mejorar las condiciones laborales de los centros de trabajo, aunque en mi opinión, se debería de poder asegurar el cobro de la misma de alguna manera, como he comentado anteriormente, puesto que aunque este tipificada, y la misma se encuentre ampliamente regulada y con un minucioso procedimiento, no tiene sentido alguno que se acometa todo el proceso para que luego pueda darse como resultado, el impago del mismo, por causas imputables al empresario infractor.

Al tener dicha figura jurídica de materia laboral, una relevancia de tal calibre, en el que se suceden anualmente numerosos debates acerca de la misma, sobre su aseguramiento, creo que por parte del legislador, se debe de dar un paso hacia adelante, en favor del beneficiario de la misma, y dar con una posible solución, que no vulnere ni arremeta contra el Sistema de la Seguridad Social, por lo que en mi opinión, si se aplicase el principio de automaticidad, se podría generar una efecto dañino para las arcas del Sistema, siendo una mala solución.

En mi opinión, se debería de poder concertar un seguro para cubrir dicha cuantía del recargo, y de esta forma se facilitaría su aplicación práctica.

Por último, quiero destacar las propuestas de ciertas personas de relieve en la materia, y que recoge Julia Muñoz Molina en su obra, dando una perspectiva variada desde varios puntos de vista razonadamente argumentados.

Primero. Cruz Villalón y Jover Ramírez³⁷ mantienen que se debe dar primacía a la función preventiva del recargo. Para ello proponen que, cuando la actualización de la contingencia de Seguridad Social deriva de un incumplimiento de la legislación sobre prevención de riesgos laborales, el empresario infractor resulte responsable del abono

³⁷ Cruz Villalón y Jorge Ramírez: “La responsabilidad...”, óp. cit., pp. 266-267.

de parte de la pensión o prestación de la Seguridad Social en base al daño ocasionado a la misma por su conducta incumplidora.

Segundo. *Ojeda Avilés, A*³⁸. se decanta por la naturaleza indemnizatoria del recargo, y propone suprimir el apartado segundo del art. 164 que prohíbe el aseguramiento de este, así como los topes o al menos el tope máximo del recargo, omitiendo además la referencia al criterio de la gravedad de la falta, con lo cual el juez social quedaría libre para incrementar la indemnización a su libre arbitrio, conforme hoy día hacen los jueces civiles.

Tercero. *Durán López*³⁹ propone: «Suprimir el actual recargo de prestaciones y establecer un procedimiento ágil, ante los tribunales laborales, para la reclamación de la íntegra reparación del daño sufrido por el trabajador accidentado en caso de culpa del empresario, quien podría asegurar su responsabilidad».

Cuarto. *Sempere Navarro*⁴⁰ propone, la supresión de la figura del recargo, principalmente porque la función represiva del recargo puede ser satisfactoriamente cumplida con las estrictas sanciones administrativas, incrementándose las mismas, si es que se consideran poco adecuadas. Por otro lado, su finalidad reparadora puede quedar subsumida en la responsabilidad de tipo civil, vía que tiene abierta el trabajador si estima que el daño sufrido merece una reparación adicional.

Opiniones muy distintas, que buscan la solución a los problemas del recargo de formas distintas, y que, en mi opinión, se solucionarían con la posibilidad de concesión de un seguro mercantil o bien un seguro con el Sistema de la Seguridad Social, como si de cuotas a la misma se tratase.

³⁸ A. Ojeda Avilés: ``Responsabilidad aquiliana versus...'', óp. cit., p. 38.

³⁹ F. Duran López: ``Informe sobre riesgos laborales...'', óp. cit., p. 84.

⁴⁰ A.V. Sempere Navarro: ``La responsabilidad...'', óp. cit., pp. 46-47.

10. BIBLIOGRAFIA

JOSE ANTONIO CAPILLA BOLAÑOS (2008): ``Recargo de prestaciones en materia de accidente laboral y estudio de la indemnización. Criterios de cuantificación. `` Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales N.º 74, pág. 57- 79.

JULIA MUÑOZ MOLINA (2005): ``El recargo de prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedades profesionales``. Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales N.º 59, pág. 143-171.

MANUEL IGLESIAS CABERO (2008): ``El recargo de las prestaciones económicas de la Seguridad Social por falta de medidas de seguridad, en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional``. Revista del ministerio de trabajo y asuntos sociales N.º 78, pág. 201-215.

FERNANDO SICRE GILABERT (2018): ``Prohibición del aseguramiento del recargo``. Décimo noveno artículo doctrinal, 21 de agosto de 2018, publicado en el Colegio oficial de Graduados Sociales de Cádiz y Ceuta.

ADRIAN TODOLI (2019): ``Recargo de prestaciones ¿Cuándo es responsable la empresa principal en un accidente de un trabajador de la empresa subcontratista? Blog Adrián Todoli, 24 de enero de 2019.

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA (2018): ``Accidente de trabajo en empresa subcontratista, recargo de prestaciones y responsabilidad solidaria de la principal (STS 19/09/18, rec. 144/2017). Blog Una mirada critica a las relaciones laborales, de Ignasi Beltrán De Heredia, 22 de octubre de 2018.

IGNASI BELTRAN DE HEREDIA (2018): `` ¿Cómo se determina la fecha de efectos del recargo por falta de medidas de seguridad? ``. Blog Una mirada critica a las relaciones laborales, de Ignasi Beltrán De Heredia, 23 de julio de 2018.